II.

Plus valet, quod actum, quam quod scriptum.

Von Herrn Dr. v. Arnold,
Staatsrath und Appellationsgerichts-Präsidenten in München.

So einfach, einleuchtend und in den Grundsätzen des Rechts wohlbegründet die Regel ist, daß, wenn ein Vertrag in anderer Art, als er geschlossen worden, schriftlich beurkundet ist, nicht die unrichtige schriftliche Beurkundung, sondern der wirklich geschlossene Vertrag Gültigkeit hat, so sehr ist diese Regel von den Gesetzgebern, besonders der neueren Zeit beschränkt worden. Es dürfte jetzt, wo in allen deutschen Ländern das Bestreben herrscht, die Gesetzgebungen zu verbessern, und wo von einer Seite eine der Rechtswissenschaft und dem deutschen Charakter entsprechende Gesetzgebung gewünscht, von der andern Seite es bequemer und gewissermaßen zweckmäßiger gefunden wird, fremdes, namentlich französisches Muster zu copiren oder doch ohne Wahl theilweise einzuschalten, kein überflüssiges Unternehmen sein, die Frage zu erörtern, ob und wie weit es sich rechtfertigen lasse, die oben erwähnte Rechtsregel zu beschränken. Es dürfte eine solche Erörterung um so nothwendiger sein, als wir Deutsche Jahrhunderte hindurch mit römischen Gesetzen und römischem Formrechte zu kämpfen hatten und für deutsche Rechtsanschauung und deutsche Rechtsinstitute nur mit Mühe und nicht durchgängig den Sieg erringen konnten, nun aber in Rechtswissenschaft und Gesetzgebungskunde soweit vorgeschritten sind, daß wir nicht verdienen, abermals fremden Gesetzen und Institutionen unterworfen zu werden und gegen lästige Neuerungen einen Kampf zu beginnen, dessen Dauer sich nicht bestimmen läßt.

Aber nicht nur im Civilrecht, auch im Civilprozeß kommt es vor, daß die schriftliche Aufzeichnung, auch wenn sie der thatsächlichen Wahrheit entgegen, als formelle Wahrheit zur Geltung kommt; auch hinsichtlich des Civilprozesses ist es daher nothwendig, über jene Regel zu sprechen.

I. Es ist im Vertragsrecht ein unbestrittener Grundsatz, daß ein Vertrag, welchen Personen, die über das Ihrige verfügen können, über dasselbe schließen, von denselben gehalten und erfüllt werden muß. Es gilt dieser Grundsatz nicht nur von jenen Theilen des Vertrags, welche dabei ausdrücklich erwähnt sind, sondern auch von solchen, welche zwar nicht ausdrücklich erwähnt wurden, aber von der Art sind, daß ohne sie der Vertrag seines wesentlichen Inhalts entbehren würde.

Wird über einen Vertrag eine schriftliche Urkunde errichtet, sei es nach freiem Willen der Vertragschließenden, sei es weil die Gesetze eine schriftliche Urkunde verlangen, so kann es vorkommen, daß die schriftliche Urkunde den Vertrag in anderer Art enthält, als er geschlossen wurde, und es sind hiebei zwei Fälle möglich: Entweder es wurde bei Errichtung der schriftlichen Urkunde der früher mündlich geschlossene Vertrag von den Contrahenten in der Art geändert, wie er nun schriftlich beurkundet ist, und in solchem Falle ist kein Widerspruch zwischen dem vereinigten Willen der Contrahenten und der Urkunde; der frühere Vertragsabschluß ist durch den später bei Errichtung der Urkunde stattgefundenen aufgehoben (geändert) und das scriptum steht in Uebereinstimmung mit dem quod actum.

Es kann aber auch vorkommen, daß die Urkunde wirklich andere Bestimmungen enthält, als die Contrahenten festgesetzt haben.

Hier unterscheidet das römische Recht, ob die Verschiedenheit in dem Willen der beiden Contrahenten beruht, oder ob beide Contrahenten oder einer derselben dieser Verschiedenheit nicht beigestimmt. Beruht die Verschiedenheit in dem Willen beider Contrahenten, haben nämlich dieselben in der schriftlichen Urkunde den mündlich abgeschlossenen Vertrag nicht ändern, sondern absichtlich etwas Anderes beurkunden wollen, als ihr vertragsmäßiger gemeinschaftlicher Wille ist, so kann das Beurkundete als Vertrag nicht gelten, weil es vertragsmäßig nicht besteht, der mündlich abgeschlossene Vertrag gilt aber unter den Contrahenten noch immer, weil er durch die schriftliche Beurkundung nicht aufgehoben ist. In contractibus rei veritas

potius, quam scriptura perspici debet.[1]) Es versteht sich hiebei von selbst, daß der mündlich abgeschlossene Vertrag ein rechtlich gültiges Geschäft ist, denn, wenn solcher ein ungültiges Geschäft wäre, würde auch dieses nicht gelten.[2]) Einem Dritten darf weder der mündlich wirklich geschlossene, noch der in der schriftlichen Urkunde simulirte Vertrag zum Vortheil oder Nachtheil gereichen. Res inter alios acta tertio nec nocet, nec prodest.[3]) Haben daher die Contrahenten die in der schriftlichen Urkunde enthaltene Uebereinkunft zu dem Zweck simulirt, oder wollen sie solche dazu benützen, um einen Dritten zu hintergehen, so ist dieser daran nicht gebunden, er kann vielmehr, so weit er dabei gefährdet ist, Vernichtung des Scheingeschäfts eben so wie des wirklich geschlossenen verlangen, wie dies z. B. bei der actio Pauliana der Fall ist.

Beruht die Verschiedenheit des wirklich abgeschlossenen Vertrags von dem Inhalt der Urkunde nicht in dem Willen beider Contrahenten, so liegt dieser Verschiedenheit entweder ein Irrthum oder ein Betrug zu Grunde. Der Irrthum, welcher bei Abfassung der Urkunde begangen worden und bald in irriger Auffassung des Thatsächlichen, z. B. irriger Benennung oder Bezeichnung des Objects, oder in irriger Benennung des Geschäfts, z. B. Kauf statt Pfandvertrag, bestehen kann, hat nicht die Kraft, das wirklich abgeschlossene Geschäft zu ändern: es besteht der mündlich abgeschlossene Vertrag, und die schriftliche Urkunde hat keine Wirkung. Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur.[4]) Emtione pignoris causa facta,

---

1) Const. 1. Cod. Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur (4. 22). S. auch Const. 2, 3, 4 eod. Const. 6. Cod. si quis alteri vel sibi (4. 50). Fr. 54 D. de obl. et act (44. 7). Const. 3 Cod. de postulando (2. 6).

2) Fr. 36, 38 D. de contrah. emt. (18. 1). Const. 3 Cod. eod. (4. 38). — Beispiele: Arnold, Erörterungen. Erlangen, 1853. S. 521 ff.

3) Fr. 63 D. de re iud. (42. 1). Fr. 16 D. qui pot. in pign. (20. 4). Const. 1. 2 Cod. inter alios acta (7. 60).

4) Fr. 6 §. 1 D. de offic. praes. (1. 18).

non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur.[5]) Der Betrug, er mag von dem einen Contrahenten oder mit dessen Vorwissen von einem Dritten gegen den andern Contrahenten begangen worden sein, kann eben so wie der Betrug, welchen ein Dritter ohne Vorwissen beider Contrahenten bei Abfassung der Urkunde begangen hat, den mündlich abgeschlossenen Vertrag nicht ändern oder schwächen: der Contrahent, welcher an dem Betrug nicht Theil genommen, darf dadurch nicht beeinträchtigt werden; derjenige Contrahent aber, welcher betrogen oder an dem Betrug Theil genommen hat, kann durch seine unerlaubte Handlung weder ein Recht erwerben, noch einer Verbindlichkeit sich entledigen. Verschieden hievon ist der Fall, wenn ein Vertrag noch nicht mündlich abgeschlossen, sondern erst im Abschluß begriffen ist, und in die Urkunde ein anderes Geschäft aufgenommen wird, als der eine Contrahent beabsichtigt; wenn z. B. der eine Contrahent einen Pacht schließen will, der andere aber in die Urkunde einen Kauf einschreibt und der erstgenannte die Urkunde, die er nicht durchgelesen, unterschreibt. Hier ist gar kein Vertrag abgeschlossen: kein Kaufvertrag, weil der erstgenannte Contrahent in solchen nicht eingewilligt hat; kein Pachtvertrag, weil zu solchem die Einwilligung desjenigen fehlt, welcher betrüglich in die Urkunde einen Kaufvertrag einsetzte.[6])

Das deutsche Recht fordert keine schriftliche Form der Verträge und enthält keine Bestimmung über die rechtliche Wirkung des Widerspruchs zwischen dem wirklich abgeschlossenen Vertrag und der über denselben errichteten Urkunde. Die Uebereinstimmung der auf ein Rechtsgeschäft gerichteten Erklärung der Parteien bildet den Vertrag, und dieser bedarf zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form.[7]) Partikulargesetze, welche bald aus übertriebener Sorge für die Unterthanen, bald zur

---

5) Const 3 Cod. plus valere (4. 22).

6) In dieser Art ist Const. 5 Cod. Plus valere (4. 22) aufzufassen.

7) Mittermaier, deutsches Privatrecht, §. 276; Gerber, deutsches Privatr. §. 158; Beseler, deutsches Privatr. §. 89 — Die deutschrechtliche Form der Auflassung bei der Uebertragung des Eigenthums an Immobilien gehört nicht zum Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

Erleichterung der Richter in Führung und Entscheidung der Prozesse einzelne Ausnahmen vorschreiben, können hier umgangen werden und werden in ihren Principien unten mitgeprüft.

Das preußische Landrecht v. J. 1794 verordnet,[8]) daß jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich über 50 Thlr. beläuft, schriftlich errichtet werden muß und daß, wenn ein solcher Vertrag blos mündlich geschlossen und noch von keinem Theil erfüllt worden, daraus keine Klage statt hat.[9]) Folgerichtig ist es nun freilich, wenn das preußische Gesetz dabei verordnet, daß auf mündliche Nebenverabredungen keine Rücksicht genommen werden darf, vielmehr Alles, was auf die Verabredung der Parteien ankommt, blos nach dem schriftlichen Contract beurtheilt werden muß, und nur Nebenbestimmungen, welche die Art, den Ort und die Zeit der Erfüllung betreffen, von dem Richter nach Vorschrift der Gesetze zu ergänzen sind.[10])

Das französische Recht macht nicht wie das preußische die Gültigkeit eines Vertrags in der Regel von der Errichtung einer schriftlichen Urkunde über solchen abhängig; es erkennt auch einen nur mündlich geschlossenen Vertrag als gültig: es verkümmert aber den Beweis, indem es zum Beweis eines Vertrags über ein bedeutendes Object, wenn solcher abgeleugnet wird und nicht durch eine schriftliche Urkunde bewiesen werden kann, nur die Eidesdelation gestattet,[11]) welche nicht immer möglich und ein nicht ganz zuverlässiges Mittel ist, weil das französische Recht denjenigen, welcher in Civilsachen den Haupteid falsch schwört, nur mit Verlust der staatsbürgerlichen Rechte bestraft,[12]) was dem weiblichen Geschlecht noch überdies eine weit gelindere Strafe als dem männlichen ist. Nebenverab-

8) Landr. Th. I, Tit. 5 §. 131, 155 — Vorbild war ein preuß. Edict v J. 1770.

9) Das Depositum und die actio de recepto sind ausgenommen. Landr. a. a. O. 144, 145.

10) L. R. a. a. O. 127, 128, 129.

11) Französ. Civ.-Ges.-B. Art. 1341 ff., wo — verschieden vom preuß. Recht — auch der Verwahrungsvertrag nicht ausgenommen ist.

12) Code pénal, art. 366.

redungen, welche die Urkunde nicht enthält, können folgerichtig durch Zeugen nicht bewiesen werden. [13])

Betrachten wir nun den Gegenstand dieser Abhandlung vom legislativen Standpunkte.

Die Gesetzgebung hat in Beziehung auf den bürgerlichen Verkehr zwar Regeln festzusetzen, aber so wie sie diesen Verkehr nicht schaffen kann, so darf sie ihn auch, so weit er weder den Staat, noch Privatpersonen beschädigt, weder verbieten, noch erschweren; im Gegentheil sie muß ihn erleichtern und schützen. Eine Bevormundung der Unterthanen, welche über das Ihrige zu verfügen berechtigt sind, ist Eingriff in deren Rechte; eine Belastung des Verkehrs ist eine Hemmung desselben und damit eine Schwächung der Kraft des Staats; eine Verkümmerung des Beweises ist theilweise Verweigerung der Rechtshülfe.

Je weniger dem Verkehr Hindernisse entgegen stehen, je weniger derselbe Weitläufigkeiten oder Formen zu beobachten hat, desto freudiger gedeiht er. Die Erkenntniß dieser Wahrheit ist allgemein, sie stützt die Treue und das Worthalten, welche in der Brust eines jeden guten Menschen wurzeln, und sie spricht sich in der deutsch-rechtlichen Parömie aus: „Ein Wort ein Wort; ein Mann ein Mann." Diese Wahrheit wird verkannt, wenn die Gesetze die Gültigkeit der Verträge von der Errichtung einer schriftlichen oder gar einer gerichtlichen Urkunde abhängig machen, und wenn, wie im preußischen Landrechte, diese Abhängigkeit nur bei wichtigeren Verträgen stattfinden soll, so ist damit nur ausgesprochen, daß man die wichtigeren Geschäfte mehr als die minder wichtigen beschränkt, mithin gerade in den wichtigeren Geschäften dem Verkehr Fesseln anlegt. [14])

---

13) — n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes. cit art. 1341.

14) Die Vorschrift des preußischen Rechts ist seit ihrer Entstehung in Preußen bestritten und allgemein als ungerechtfertigt dargestellt. Klein, Annalen der preußischen Gesetzgebung, Bd. XXV. Arndts, in der krit. Ueberschau, Bd. I S. 139. Gerichtssaal, Jahrg. 1854 Bd. II S. 131 ff. — Das österr. bürg. G.-B §. 883; das kgl. sächs. bürg. G.-B. v J. 1863 §. 821. der großh. hess. Entw Art. 38. der bayer. Entw Art. 7 und der Entw. für die deutschen Bundesstaaten Art. 50 haben die preuß Vorschrift nicht nachgeahmt.

Die Bestimmung des französischen Rechts, daß die Verträge zu ihrer Gültigkeit der Schrift zwar nicht bedürfen, aber in der Regel durch Zeugen nicht bewiesen werden können, ist im Grunde nicht viel besser, als die preußische Bestimmung, denn sie führt doch indirect nicht blos zur Räthlichkeit, sondern gewissermaßen auch zur Nothwendigkeit der Errichtung von Urkunden und damit — was unzweifelhaft der Zweck des Gesetzes ist — zur Versteuerung der Verträge. Es ist aber noch überdies nicht zu rechtfertigen und gränzt beinahe an Hohn, den Parteien zwar die Gerichtsthüren zur Austragung ihrer Streitigkeiten über Verträge zu öffnen, ihnen aber die Beweismittel zu beschränken.[15])

Mag das Gesetz eine schriftliche Urkunde über einen Vertrag verlangen oder mögen die Contrahenten freiwillig über ihren Vertrag eine Urkunde errichtet haben, so entsteht die Frage, ob die Behauptung, daß der Vertrag in anderer Art geschlossen als niedergeschrieben sei, für erheblich anzusehen ist?

Nur wirkliche Rechtsverhältnisse, nicht Phantome, nicht die Lüge, nicht die Vorspieglung kann und soll die Staatsgewalt schützen. Ist in einer schriftlichen Urkunde, dieselbe sei außergerichtlich oder gerichtlich errichtet, ein Vertrag beurkundet, welcher gar nicht, oder in anderer Art als beurkundet geschlossen wurde, so streitet es gegen die Würde des Richteramts, die Unwahrheit zu schützen, der Wahrheit und damit dem Rechte den Schutz zu versagen, den Beweis der Wahrheit nicht oder nicht vollständig zulassen zu wollen; der Rechtssatz: plus valet, quod actum, ist so fest und unerschütterlich in der Vernunft und in allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründet, daß von ihm nicht abgegangen werden soll. Und doch wird durch die Bestimmungen des französischen wie des preußischen Rechts jener Wahrheit entgegen gehandelt. Ist über einen Vertrag eine schriftliche Urkunde errichtet, so darf nach preußischem Recht der Richter auf mündliche Nebenverabredungen keine Rücksicht nehmen.

15) Eigenthümlich ist es, daß die französische Gesetzgebung die Bestimmungen über den Beweis der Verträge in das Civilgesetzbuch und nicht in das Gesetzbuch über den Civilprozeß aufgenommen hat. Mittermaier im Archiv für civ. Pr. Bd. XIII S. 315. Kräwel, Bedenken über das franz. Wesen S. 100.

Vorausgesetzt wird hierbei offenbar, daß nicht die Urkunde selbst als gefälscht angefochten wird, denn wenn die Fälschung erhellet, so kann von der Wirkung des schriftlichen Vertrags die Rede nicht sein. Ist aber die schriftliche Urkunde ächt, so kann die Einrede, daß der Vertrag in anderer Art geschlossen wurde, als er niedergeschrieben ist, auf folgende Gründe gestützt werden:

A) der Inhalt der Schrift habe die Einwilligung des einen Theils gar nicht erhalten.

Hier kann es sein, daß der eine Theil zur Unterschrift gezwungen worden; daß ihm ein anderer Inhalt vorgespiegelt, z. B. die Urkunde nicht vollständig oder mit Einschaltung nicht geschriebener Stellen vorgelesen worden; daß der Verfasser der Urkunde, sei es aus Unkenntniß, oder absichtlich, den Vertrag in einer Art niedergeschrieben, wie er nicht geschlossen worden. Wenn in solchen Fällen die schriftliche Urkunde als geltend angenommen und der Beweis, daß die Uebereinkunft in anderer Art geschlossen, insbesondere daß außer dem Niedergeschriebenen noch mehr verabredet wurde, nicht zugelassen würde, so würde von der Staatsgewalt durch die Richter ein Unrecht geübt, der eine Contrahent in seinem Rechte verletzt, dem andern etwas zuerkannt, worauf er kein Recht hat.

B) der Inhalt der Schrift sei mit Zustimmung beider Contrahenten anders niedergeschrieben als verabredet worden.

Die Fälle der verschiedensten Art können hier vorkommen. Die Contrahenten können eine mündliche Nebenverabredung nicht aufgenommen haben, weil ihnen der Gegenstand zu unwichtig schien, als daß sie solchen in die Urkunde aufnehmen wollten, z. B. bei dem Verkauf eines Hauses behält sich der Verkäufer das Recht vor, noch ein halbes Jahr im Hause zu wohnen, und man will dieses nur vorübergehende Recht (die mündliche Nebenverabredung) nicht in die Urkunde aufnehmen. Ist es denn nicht offenbares Unrecht, wenn das Gesetz die an sich gültige Nebenverabredung für nicht klagbar erklärt und dem Käufer, welcher vielleicht wegen jenes Vorbehaltes einen geringeren Kaufpreis zahlt, einen Vortheil zuwendet, welcher ihm bei dem Abschluß des Vertrags nicht bewilligt wurde. Selbst wenn

die Contrahenten durch die absichtlich unrichtige Niederschreibung des Vertrags einen Dritten täuschen, sogar wenn sie gegen diesen betrüglich handeln wollten, rechtfertigt es sich nicht, den absichtlich falschen Inhalt der Schrift unter den Contrahenten für gültig, den wahren Vertrag, die mündliche Nebenverabredung für ungültig erklären zu wollen. Geben z. B. in einer Kaufvertragsurkunde die Contrahenten den Kaufpreis höher an, als er verabredet worden, sei es um einen höheren als den wirklichen Werth des Kaufobjekts deshalb vorzuspiegeln, um bei Hypothekenbestellungen einen höheren Credit zu haben; oder geben sie einen geringeren als den verabredeten Preis an, vielleicht um die Gläubiger des Verkäufers zu benachtheiligen, so rechtfertigt es sich doch nicht, von Richteramtswegen auf Vollziehung des Scheinvertrags zu erkennen, weil dieser schriftlich errichtet wurde, den wirklichen Vertrag aber nicht zu beachten, weil er nur mündlich geschlossen wurde. Es kann keinen Unterschied machen, wenn der wahre Vertrag in der Form einer mündlichen Verabredung, z. B. in der Art geschlossen wurde, daß der Käufer dem Verkäufer außer der im Vertrag verabredeten Summe noch ein Geschenk, eine Gratification, einen Vortheil von einem gewissen Betrag zuwenden müsse, denn auf solche Weise erhält der Scheinvertrag nur eine andere Form. Müßte der Scheinvertrag vollzogen werden, weil er schriftlich beurkundet ist, der wirkliche Vertrag oder die Nebenverabredung fänden aber keinen richterlichen Schutz, weil sie nur mündlich geschlossen worden, so würde von zwei Personen, welche gemeinschaftlich eine Täuschung begangen haben, die eine aus ihrer Täuschung einen widerrechtlichen Vortheil erhalten, die andere wegen ihrer Täuschung in einen Nachtheil gebracht, welcher in der Regel ein billiges Strafmaß überschreiten, oft das ganze Vermögen oder den größten Theil des Vermögens dieser Person betragen würde. Ist ein Dritter durch einen Scheinvertrag beschädigt oder gefährdet, so stehen ihm Rechtsmittel zu: der Hypothekgläubiger, welcher durch vorgespiegelten höheren Werth zu einem höheren Darlehen verleitet wurde, als das Objekt sichert, kann die geeigneten Rechtsmittel ergreifen; der Gläubiger, welcher durch den Scheinvertrag um das Deckungs-

mittel für seine Forderung gebracht werden will, hat die actio **Pauliana**; der Staat, welcher durch Angabe eines geringeren, als des wahren Kaufpreises an den Taxen der gerichtlichen Beurkundung verkürzt werden will, [16]) kann nebst den wirklich begründeten Taxen auch Bestrafung der Defraudanten verlangen.

Die Praxis in jenen Ländern, wo mündliche Nebenverabredungen eines schriftlichen Vertrags nicht wirksam sind, gibt einen deutlichen Beweis, wie sehr man sich bemüht, das unnatürliche Gesetz möglichst zu beschränken. [17])

Das Unrecht, welches die Gesetzgebung begeht, wenn sie einen Scheinvertrag für gültig erklärt, weil er schriftlich errichtet wurde, ist im Wesentlichen dasselbe, wenn die Gesetze (das französische Recht) der schriftlichen Urkunde zwar dieses Privilegium nicht ertheilen, dagegen aber dem wirklich geschlossenen, in der Urkunde verschwiegenen Vertrag ein wesentliches Beweismittel (den Zeugenbeweis) entziehen. Es sieht diese Bestimmung einer Art Gleißnerei ziemlich gleich. Man getraut sich nicht, der Lüge den Sieg über die Wahrheit gesetzlich zu sichern, aber man entzieht der Wahrheit gewichtige Beweismittel, und, um diesen Mißgriff zu beschönigen, spiegelt man vor, daß dieses zum Besten der Unterthanen geschehe, indem der Urkundenbeweis zuverlässig, der Zeugenbeweis unzuverlässig sei, durch die Zulassung des letzteren aber die Processe unnütz erweitert und verzögert würden, übrigens die allgemeine Zulässigkeit des Zeugenbeweises mit dem französischen Civilprozeß unvereinbar sei.

Nun weiß aber doch jeder Richter und jeder Anwalt, sobald er nur einige Erfahrung hat, wie auch der Urkundenbeweis sehr oft unzuverlässig ist, wie häufig Privaturkunden und wie gar nicht selten auch gerichtliche und Notariatsurkunden Mängel haben [18]), und selbst die französische Gesetzgebung

16) Es ist ein großer Fehler, wenn man zu hohe Taxen für Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit festsetzt. Man beeinträchtigt dadurch den Verkehr, veranlaßt Scheinverträge und mit diesen Processe.

17) S. Bornemann, preuß. Civ.-Recht Bd. II S. 472. Zeiller, Comm. z. österr. bürg. G.-B. Bd. III S. 62. Stubenrauch, Comm. z. österr. bürg. G.-B. Bd. III S. 54, 94.

18) Eine gerichtliche Urkunde lautete über eine unwiderrufliche Schenkung von Todeswegen. Allem Anschein nach wollte eine un-

erkennt dieses an, indem sie (Code civil, art. 1347) Zeugen über Verträge dann zuläßt, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist, namentlich wenn die Urkunde den Anspruch nur wahrscheinlich macht.

Unrichtig ist es, wenn man den Zeugenbeweis im Allgemeinen für unzuverlässig hält. Wahr ist zwar, daß die bei einem Geschäft gegenwärtigen Dritten nicht immer auf jenes ihre Aufmerksamkeit richten; daß sie nicht immer solches vollständig auffassen; daß ihnen dasselbe ganz oder zum Theil aus dem Gedächtniß entschwinden kann; daß die Zeugen sterben können: allein Urkunden sind, wie vorhin schon gesagt, ebenfalls nicht immer zuverlässig, sie können verloren gehen oder durch Zufall (z. B. Brand) vernichtet werden. Wer den Zeugenbeweis ausschließen will, weil er zuweilen unzuverlässig ist oder verloren gehen kann, der müßte aus gleichem Grunde auch den Urkundenbeweis ausschließen. Es ist aber auch zu erwägen, daß, wie die Erfahrung lehrt, Dritte, welche bei einem Geschäft anwesend sind, diesem sehr gerne, sei es auch nur aus Neugierde, ihre Aufmerksamkeit leihen, und wenn man vielleicht verordnen wollte, daß nur solche Zeugen zum Beweis zuzulassen, welche ausdrücklich zu dem Geschäft beigezogen wurden, so würde man nicht nur den Verkehr mit einer Formalität belästigen, sondern auch das Prozeßverfahren mit dem Beweis erweitern, daß die Zeugen ausdrücklich beigezogen wurden, und wenn von den bei einem Geschäft anwesenden Personen die ausdrücklich zur Zeugschaft beigezogenen, sterben, die anderen am Leben bleiben, so kann die Sonderbarkeit entstehen, daß es zwar nicht an Zeugen fehlt, daß aber diejenigen, welche noch Zeugschaft geben könnten, nicht zugelassen werden, weil sie nicht specialiter rogati sind, während die specialiter rogati nicht Zeugschaft geben können, weil sie todt sind. Ja auch ausdrücklich beigezogene Zeugen können das Geschäft unrichtig auffassen oder

widerrufliche Schenkung beurkundet werden, welche erst nach dem Tode des Schenkers vollzogen werden sollte. — Wer wird wohl glauben, daß je die Zeit kommt, wo Jedermann oder auch nur jeder Gebildete im Stande ist, eine Vertragsurkunde gut zu redigiren, wo sonach der Gesetzgeber dem Urkundenbeweis eine Art von Monopol verleihen kann?

theilweise vergessen. Daß der Zeugenbeweis nicht so unzuverlässig ist, wie man ihn zur Beschönigung seiner Ausschließung im Civilprozeß darstellen will, daß man vielmehr solchen für zuverlässig hält, das bewähren Gesetzgebung und Erfahrung nicht nur im Strafprozeß, wo die schwersten Strafen auf den Grund von Zeugenaussagen ausgesprochen werden, und wo die Zeugen oft über Umstände aussagen, welche gewichtige Indicien bilden, obgleich solche bei deren Wahrnehmung den Zeugen nicht im Geringsten bedeutend vorkamen: es ist sogar die Zuverlässigkeit und Zulässigkeit der Zeugen im französischen Civilprozeß und dessen Nachahmungen anerkannt, indem der Zeugenbeweis zulässig ist, wenn es unmöglich war, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen;[19]) ferner bei Verbindlichkeiten aus Quasicontracten, Delicten und Quasidelicten, dann bei dem depositum miserabile und der actio de recepto;[20]) ebenso im Falle des Anfangs eines schriftlichen Beweises,[21]) wo man gerade wegen der Unzulänglichkeit der Urkunde die Zuflucht zum Zeugenbeweis nimmt, also diesen, den man für unzuverlässig ausgibt, zur Nachhülfe für den Urkundenbeweis gebraucht, den man für zuverlässiger als den Zeugenbeweis hält!

Jeder Richter nach französischem Prozeß und noch mehr jeder Richter nach deutschem Prozeßverfahren weiß aus Erfahrung, wie zuverlässig der Zeugenbeweis in den meisten Fällen ist, und nur blinde Anhänglichkeit an den gewohnten französischen Prozeß kann verkennen, welche Rechtsgefährdung in der Ausschließung oder Beschränkung des Zeugenbeweises liegt.[22])

Wenn man endlich die allgemeine Zulässigkeit des Zeugenbeweises für unvereinbar mit dem französischen Civilprozeß hält, so könnte daraus nur folgen, daß wir diesen Prozeß nicht annehmen sollen. Allein diese Unvereinbarkeit ist nicht vorhanden, sobald man nicht blind dem französischen Prozeß nachbetet,

19) Code civ. art. 1348.

20) Ibid.

21) S. oben.

22) Testimoniorum usus necessarius est. — Adhiberi testes possunt non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus, sicubi res postulat. Fr. 1 pr. §. 1 D. de testibus (22, 5).

ihn nicht blos ins Deutsche übersetzt, sondern aus ihm nur jene Principien hervorhebt, mit welchen man ein gutes Prozeßgesetz schaffen kann; wenn man diese Principien nicht mit dem, was bei uns sich bewährt, nur zusammen wirft, nicht ein Amalgama schafft, wie in einigen deutschen Gesetzgebungen zu Tage gekommen; wenn man vielmehr mit wissenschaftlichem Geist, mit gründlicher Kenntniß der Theorie, mit gründlichem Studium der Fortschritte in der Wissenschaft ein Gesetzbuch schafft, welches ein zusammenhängendes, wohl gegliedertes Ganzes bildet und die Basis einer wahren und möglichst schleunigen Rechtspflege ist. Wir verkennen die Gründe nicht, aus welchen die Richter jenseits des Rheins den französischen Prozeß für vorzüglich halten und auch jene juristischen Praktiker, welche, 'nachdem sie den deutschen Prozeß kennen gelernt und geübt, dann aber das Verfahren nach französischem Prozeß angeschaut haben, diesem den Vorzug geben. Jenseits des Rheins sind die Richter rein auf das Richteramt beschränkt: die freiwillige Gerichtsbarkeit ist ihnen entzogen und in Prozessen haben sie wenig mit der Instruction zu thun. Vollziehung der Urtheile ist nicht ihre Sache. Im Beweisverfahren haben sie nur ausnahmsweise mit Zeugenvernehmungen sich zu befassen, die schwerfällige Artikelform und der langweilige Zeugenrotul des deutschen Prozesses sind ihnen unbekannt. Auf Anhörung der Parteivorträge und der Beweismittel beschränkt erlassen sie ihr Urtheil, werden vielleicht zuvor vom Staatsanwalt deshalb belehrt, und ähnlich dem Schöppenstuhl einer Universität haben sie die Sache abgethan und können nun ihre Zeit dem Fortschreiten in der Wissenschaft oder auch — etwas Anderem widmen. Wer nun die Güte einer Prozeßgesetzgebung nach der Bequemlichkeit bemißt, welche sie dem Richter gewährt, der findet freilich das französische Verfahren ganz vorzüglich.

Die Staatsgewalt hat indeß höhere Pflichten und soll Gesetze in der Art geben und das Richteramt in der Art bestellen, daß das Recht in der That gehandhabt wird. Ohne wahre und gute Rechtspflege kann kein Staat auf die Dauer bestehen. **Justitia fundamentum regnorum.**

Die Richter sollen nicht blos Urtheilsfabrikanten sein,

welche die Gesetze und das richteramtliche Verfahren nur so weit kennen, als gerade ausreicht, um ein formgerechtes Urtheil zu Tage zu fördern. Gründliche und allseitige Kenntniß der Rechtswissenschaft ist ihnen unerläßliches Bedürfniß und es genügt nicht, nur in einem Theil des praktischen Lebens sich geübt zu haben: wer die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Verlassenschafts- und Vormundschaftsbehandlungen, das Vertrags- und Hypothekenwesen nicht aus reifer Erfahrung kennt, der wird über dergleichen Gegenstände ein schwerfälliger, oft ungenügender Richter sein. Strafrecht und Civilrecht, streitige und nichtstreitige Rechtsangelegenheiten sind nur Theile — Bruchstücke — einer und derselben Rechtswissenschaft, und wer nur in einem oder dem andern dieser Fächer bewandert ist, der ist nur Bruchstück eines Juristen. Es ist ein unglücklicher Gedanke, wenn man das bei mechanischen Geschäften sehr zweckmäßige Princip der Theilung der Arbeit auf wissenschaftliche Thätigkeit anwendet: dort kommt es nur darauf an, Produkte zu bekommen, deren Zusammensetzung ein brauchbares Ganzes liefert: die Wissenschaft aber liefert kein mechanisches Stückwerk; sie soll ein geistiges Ganzes liefern. Bequem ist es für die Richter, wenn sie in der Mehrzahl der Rechtsstreitigkeiten kein Zeugenverhör vornehmen müssen; aber nicht für die Bequemlichkeit der Richter, sondern für den Rechtsschutz der Parteien muß der Gesetzgeber sorgen.

Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens, Abschaffung der Rechtskraft der Beweisinterlokute, der Beweisartikel und des Zeugenrotuls, das sind Vorzüge des französischen Civilprozesses, welche man im deutschen Prozeß mit Vergnügen annehmen wird: aber Beschränkung des Zeugenbeweises, insbesondere wegen mündlicher Nebenabreden bei schriftlichen Urkunden, ist ein Unrecht, vor welchem hoffentlich eben so, wie vor der Staatsanwaltschaft, wo der Staat nicht Partei ist, vor dem Anwaltszwang und Anwaltsbann und vor dem Cassationshof, Gott uns bewahren möge.

II. Im Civilprozeß ist nichts natürlicher und nichts dem Rechte entsprechender, als daß das thatsächliche Verhältniß, aus welchem Rechtsansprüche gemacht werden und streitig ge-

worden sind, dem Richter vorgetragen wird, und dieser dann ausspricht, ob und wie weit aus jenem Verhältniß ein Anspruch oder eine Befreiung rechtlich begründet ist. Es ist dieses in dem bekannten Satz ausgedrückt: **Da mihi factum, dabo tibi ius.**

Die Parteien müssen aber dem Richter das thatsächliche Verhältniß nicht blos vortragen; sie müssen es ihm zu einer Zeit vortragen, wo er solches bei seinem Richterspruch berücksichtigen kann. Zwar findet ein richterlicher Zwang zu diesem Vorbringen nicht statt, weil das Recht, über das Seinige zu verfügen, mithin auch solches vor Gericht zu vertheidigen und zu beweisen, vom Richter nicht beeinträchtigt werden darf: allein wenn eine Partei das, was sie zur Begründung oder Vertheidigung ihrer Rechte vorbringen kann, nicht rechtzeitig vorbringt, so ist es ihre Schuld, wenn der Richter darauf keine Rücksicht nimmt; sie trägt die Folgen ihrer Versäumniß.

Wann ist nun aber die rechte Zeit zu diesem Vorbringen? wann hat der Richter neues Vorbringen nicht mehr zu berücksichtigen? — So einfach es nun scheint, daß diese Frage dahin zu beantworten, daß der Richter das thatsächliche Vorbringen der Parteien so lange anhören und berücksichtigen muß, bis er den Richterspruch fällt, so kommt es doch auf das System des Prozesses an, nach welchem vor Gericht zu verfahren ist. Indem wir hierüber uns äußern, bemerken wir, daß wir die Frage über Restitution gegen Versäumniß hier nicht erörtern, weil sie nicht Gegenstand unserer Abhandlung ist.

Bei dem schriftlichen Civilprozeßverfahren, wie solches im gemeinen deutschen Prozeß vorkommt, kann es nicht gestattet werden, daß die Parteien bis zum Richterspruch Thatumstände, welche ihre Ansprüche oder ihre Vertheidigung rechtfertigen sollen, früher oder später vorbringen: über jedes Vorbringen, also auch über jedes neue Vorbringen muß der Gegner gehört werden; es würden also die Prozesse ins Unendliche verzögert, wenn ein successives Vorbringen gestattet wäre. Die Nothwendigkeit, hier Gränzen zu setzen, hat zur Eventualmaxime geführt.[23]) Nach derselben ist mit Klage und Ein-

23) Reichskammer-Gerichts-Ord. v. J. 1555 Th. III Tit. 27 §. 2. Jüngster Reichs-Absch. §. 78.

lassung der Streit befestigt und das auf diese Weise dem Richter vorgelegte (in iudicium deductum) thatsächliche Verhältniß unterliegt der richterlichen Entscheidung in der Art, wie es vorgelegt ist, selbst wenn es in anderer Art besteht und eine Aufklärung noch möglich wäre. Deshalb sagt man, daß (wenigstens nach altrömischem Recht) durch die Litiscontestation das unter den Parteien wirklich bestehende Rechtsverhältniß consumirt und ein neu geschaffenes an dessen Stelle gesetzt werde.[24]) Neues Vorbringen außer eigentlichen Repliken und Dupliken, welche ebenfalls an gewisse Zeiträume gebunden sind, ist nicht zulässig, selbst wenn es ohne eine Klagänderung oder eine neue Einrede zu enthalten, nur das thatsächliche Verhältniß in ein zur richtigen Entscheidung erforderliches besseres Licht stellen würde. Was nicht rechtzeitig vorgebracht wurde, ist für den Richter nicht in den Acten und wird von ihm nicht beachtet vermöge des Grundsatzes: Quod non est in actis, non est in mundo. Auf diese Weise kann es geschehen, daß der Richter seinem Urtheilsspruch ein thatsächliches Verhältniß zu Grunde legt, welches zwar in den Acten niedergelegt, aber in der That anders gestaltet ist, und der Lehrsatz: Plus valet quod actum, quam quod scriptum, wird verletzt und in den Satz umgekehrt: Plus valet quod scriptum, quam quod actum. Der Richterspruch wird formell ein gerechter, materiell ein ungerechter.[25])

Wird nach gemeinem Civilprozeß im ordentlichen Verfahren (in 4 Sätzen) in einem Termin zu Protokoll verhandelt, so kann es geschehen, daß eine Minute später die Ausschließung näherer Aufklärung eintritt, z. B. wenn nach Niederschreibung der Exception der Kläger die Replik begonnen hat.

In zweiter und dritter Instanz tritt dasselbe Hinderniß dem Vorbringen neuer Thatsachen entgegen, und auf diese Weise kann oft das Recht verletzt werden: nicht selten aber kommt es

24) Vergl. Keller, über Litiscontestation und Urtheil. Zürich, 1827. Bekker, die processualische Consumtion, Berlin 1853. Wetzell, Civ.-Proc. S 80, 783. Bayer, Vorträge §. 142, 188. Heffter, Civ.-Proc. §. 316. Martin, bürg. Proc §. 101, 156.

25) Gönner, Handb. des gem. deutsch. Proc. Bd. I Abh. 7 §. 6.

vor, daß das thatsächliche Verhältniß nicht einmal so weit klar dargelegt ist, daß ein Urtheil oder ein Beweisinterlocut erlassen werden kann, und dann hilft man sich damit, daß der Verklagte von der Klage, so wie sie angebracht ist, entbunden wird (**absolutio ab instantia**).[26]) Die Folge ist für Richter und Parteien ein neuer Prozeß, für die Parteien neue Kosten.[27])

Wenn im Civilprozeß das mündliche Verfahren herrscht, d. h. wenn die Parteien oder deren Anwälte vor dem Richter zu erscheinen und demselben ihre Ansprüche und deren Begründung und Anfechtung mündlich vorzutragen haben, so muß dieses freilich auch noch vor dem Richterspruch geschehen, aber, weil die Parteien gegenwärtig sind, kann es während der ganzen Verhandlung auch successive stattfinden, weil der Gegner auch über jedes neue Vorbringen gehört werden kann; ja der Richter ist berechtigt und verpflichtet, wenn ihm das thatsächliche Verhältniß von den Parteien nicht klar genug vorgetragen ist, von denselben Aufklärung zu verlangen, ohne jedoch einen Zwang zu dieser Aufklärung üben zu dürfen, weil auch bei dem mündlichen Verfahren es den Parteien frei steht, die Gründe und Beweise ihrer Ansprüche beizubringen oder nicht. Eine wesentliche Aenderung darf der Rechtsstreit durch diese Befugniß der Parteien nicht erleiden: aber unter dieser Beschränkung müssen auch in den höheren Instanzen neue Umstände vorgetragen werden können, so lange der Oberrichter nicht zum Urtheil schreitet, denn auch in den höheren Instanzen soll, so viel möglich, dem materiellen Rechte der Sieg verschafft werden.

Diese Grundsätze sind schon in der preußischen Gerichtsordnung v. J. 1795 auf den Grund der darin herrschenden Untersuchungsmaxime ausgesprochen: Der Richter erster Instanz muß für vollständige Information sorgen;[28]) auch in

---

26) Wetzell a. a. O. S. 394, 399.

27) Der Verfasser hat erlebt, daß in derselben Sache vier Entbindungen obiger Art eintraten, weil es den Anwälten nicht gelang, ein thatsächliches Verhältniß vorzutragen, auf welches ein Urtheil oder ein Beweisinterlocut erlassen werden konnte.

28) Ger. Ord. Th. I Tit. 5, 9, 10, 12.

der Appellationsinstanz[29]) und unter gewissen Bedingungen auch in der dritten Instanz sind neue Thatumstände zulässig.[30])

Auch der französische Civilprozeß[31]) läßt in den Verhandlungen erster und zweiter Instanz neue Thatsachen vorbringen und erörtern, jedoch ganz richtig nur so weit, als sie den im Streit befangenen Gegenstand betreffen — concernant seulement la matière dont est question.

Es wird wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die Civilprozeßgesetzgebung in Deutschland eine große Verbesserung erhält, wenn in der Prozeßverhandlung ohne Verrückung des Gegenstandes der Klage und der Ansprüche in ihrem Wesen in jeder Instanz neue Thatsachen so lange vorgebracht und Fragen zur Aufklärung des thatsächlichen Verhältnisses so lange gestellt werden dürfen, bis der Richter zum Spruche schreiten kann.

III.

Ueber die Zulässigkeit verdächtiger Sach- (Kunst-) Verständiger im bürgerlichen Processe.

Von Herrn **Tenge**,

Großh. Oldenburg. Appellationsgerichts-Präsidenten zu Oldenburg.

Von den Schriftstellern über den Proceß ist häufig der Grundsatz aufgestellt, daß Sachverständige schon deshalb, weil sie als verdächtig erscheinen, ganz verworfen werden können.

So z. B. von

Gönner, Handbuch des Processes (2. Aufl.) Bd. 2. XLV. §. 9 S. 442.

Wetzell, System des ordentl. Civilprocesses (2. Aufl.) §. 44 S. 476.

---

29) Ebendas. Tit. 14.

30) Ebendas. Tit. 15, §. 10. fg.

31) Code de proc. art. 324, 465.